

CASOS LIBRE COMPETENCIA

PROGRAMA UC - LIBRE
COMPETENCIA

N°17 - NOVIEMBRE 2021

CS ROL N° 278-2019 CASO AMPOLLAS



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

CS ROL N° 278-2019¹

1. RESUMEN DEL CASO.

Los laboratorios Fresenius Kabi Chile Limitada (“Fresenius”) y Laboratorio Sanderson S.A. (“Sanderson”) interpusieron reclamaciones en contra de la sentencia de fecha 8 de noviembre de 2018 del Tribunal de Defensa de la libre Competencia (“TDLC”) que acogió el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) en contra de tres laboratorios (Laboratorio Biosano S.A. se acogió al beneficio de la delación compensada) declarando la infracción del artículo 3° inciso primero e inciso segundo letra a) del Decreto Ley N°211 (“DL 211”), por haber celebrado y ejecutado acuerdos con el objeto de afectar procesos de licitación de inyectables de menor tamaño convocados por la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Salud (“Cenabast”) desde, a lo menos, el año 1999 hasta, a lo menos, el año 2013. Como consecuencia de lo anterior, el TDLC condenó al pago de una multa de 30.000 Unidades Tributarias Anuales (“UTA”) a Sanderson y 2.463 UTA a Fresenius, además de imponerles la obligación de adoptar un programa de cumplimiento y condenarlas en costas.

En sentencia de fecha 27 de enero de 2020, la Corte Suprema acoge los requerimientos de Sanderson y Fresenius, solo en cuanto a la reducción de la multa, por las consideraciones que se exponen a continuación.

En primer lugar, la Corte se pronuncia sobre ciertas particularidades del mercado relevante en este caso. Específicamente señala, en el considerando cuarto, que la gran particularidad que tiene el mercado relevante en estudio es la existencia de un órgano que concentra la compra pública de medicamentos e insumos médicos, aglutinando la demanda de las instituciones públicas de salud que le otorgan mandato para la adquisición. Agrega que las características que reviste la posición de Cenabast en el mercado de aprovisionamiento de medicamentos hace que la demanda que ella representa sea permanente y, por tanto, cualquier hecho que la afecte no se agote en la sola licitación en cuestión, aun cuando cada una de ellas se refiera a un principio activo, concentración y presentación diversos. En este sentido no se trataría de sustitutos por cuanto es sabido que en el futuro habrá nuevos procesos licitatorios donde, en general, los oferentes se repiten. Tal característica de permanencia implica que la participación de mercado debe necesariamente medirse en volumen de ventas por un periodo de tiempo determinado y no respecto de cada medicamento licitado. Además, se trataría de un mercado concentrado, ya que las requeridas reúnen la producción de ampollas a nivel nacional y que la importación es escasa.

En segundo lugar, la Corte Suprema desarrolla, a partir del considerando duodécimo, la calidad de infracción permanente de la conducta realizada por los laboratorios y la alegación de prescripción realizada por estos. Respecto a la configuración de una infracción permanente, a lo que la Corte responde afirmativamente, se reitera lo

¹ Documento elaborado por el Programa UC | Libre Competencia.

sostenido en la causa Rol N°6249-2014, a saber, que “(...) sólo ha cesado el ilícito de colusión una vez que ha terminado la voluntad, expresa o tácita, de sus partícipes de permanecer en él y, por ende, que no puede empezar a correr término de prescripción alguno si las requeridas han continuado cobrando precios concertados, por cuanto la conducta abusiva se sigue verificando”. Sin perjuicio de tratarse una única acción o de varias que se suceden en el tiempo², la Corte señala que la excepción de prescripción debe descartarse. Señala que aún cuando hubiese habido una interrupción por la comisión de nuevos ilícitos que harían perder el tiempo de prescripción transcurrido. Por otro lado, de estimar que estamos en presencia de una sola acción que se mantuvo en el tiempo y cesó en el año 2013, el rechazo de la prescripción es aún más patente, en tanto el requerimiento fue notificado el 5 de agosto de 2016, esto es, antes de transcurridos 5 años contados desde que cesó la conducta.

El tercer punto tratado por la Corte es la determinación de la cuantía de la multa en los considerandos décimo sexto y siguientes. Al respecto la Corte señala compartir el análisis realizado por el tribunal *a quo*, en base al informe incorporado por la FNE, pero también agrega que habría un yerro jurídico al recurrir la sentencia al tope sancionatorio del doble del beneficio económico, por cuanto tal disposición fue sólo incorporada por la Ley N°20.945 de 30 de agosto de 2016, en circunstancias que se dio por asentado como un hecho de la causa que el acuerdo imputado cesó en el primer trimestre de 2013, sin que se trate de un precepto que permita su aplicación de forma retroactiva. Finalmente, se destaca la circunstancia de haber solicitado la FNE en su requerimiento, multas de montos precisos y menores a los finalmente impuestos por la sentencia recurrida. En este sentido, según la Corte, cuando la FNE opta por ejercer sus funciones de representación del interés general económico, fija la competencia del tribunal. Sólo de esta forma se entendería que el DL 211 exija al requerimiento el cumplimiento de los mismos requisitos que una demanda, incluso remitiéndose al artículo 254 del Código de Procedimiento Civil que, entre sus exigencias, contempla “*la enunciación precisa y clara, consignada en la conclusión de las peticiones que se sometan al fallo del tribunal*”.

Como último punto a desarrollar del fallo en comentario, debemos destacar que este fue acordado con el voto en contra del ministro Muñoz y del ministro Dahm quienes estuvieron por rechazar los recursos de reclamación y, por lo tanto, mantener las multas del TDLC. Los citados ministros argumentan que la remisión al artículo 254 del Código de Procedimiento Civil no significa que lo pedido por la FNE constituya un límite a la actuación del TDLC o fije el marco decisorio. Lo anterior dado que la historia de la Ley N° 20.361, de 13 de junio de 2019, y que incorpora la remisión al artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, establece que lo buscado por el legislador no era que las peticiones concretas del requerimiento constituyeran una limitación a la actuación del Tribunal sino sólo el establecimiento de requisitos que permitieran realizar un examen de admisibilidad de manera previa a su tramitación. En este sentido, al momento de

² El fallo contiene una prevención del ministro Arturo Prado Puga quien señala que las conductas deben apreciarse de manera individual considerando que cada una de ellas se agota al momento de adjudicarse la licitación respectiva.

graduar la cuantía de la multa, los sentenciadores estarían limitados únicamente, por un lado, por el texto expreso del DL 211 aplicable a la fecha de consumación de los hechos y, por otro, por el principio de proporcionalidad que debe observarse en la imposición de toda sanción pecuniaria.

2. FICHA JURISPRUDENCIAL.

Órgano Competente	<ul style="list-style-type: none"> • Corte Suprema
Tipo de Acción	<ul style="list-style-type: none"> • Recurso de reclamación
Conducta	<ul style="list-style-type: none"> • Colusión en licitaciones públicas
Partes	<ul style="list-style-type: none"> • Fresenius Kabi Chile Limitada • Laboratorio Sanderson S.A.
Rol	<ul style="list-style-type: none"> • N° 278-2019
N° Sentencia	<ul style="list-style-type: none"> • N° 278-2019
Fecha	<ul style="list-style-type: none"> • 27/01/2020
Resultado	<ul style="list-style-type: none"> • Se acogen los recursos presentados por Laboratorio Fresenius Kabi Chile Limitada y Laboratorio Sanderson S.A. solo en cuanto se rebajan las multas.
Hechos	<ul style="list-style-type: none"> • Corte acoge los recursos presentados por Laboratorio Fresenius Kabi Chile Limitada y Laboratorio Sanderson S.A. solo en cuanto se rebajan las multas a lo solicitado por la FNE en su requerimiento por colusión .
Mercado relevante	<ul style="list-style-type: none"> • La provisión de medicamentos genéricos inyectables de menor volumen o ampollas, en el marco de las licitaciones públicas convocadas por Cenabast entre 1999 y el primer semestre de 2013.
Teoría de daño aplicada por la autoridad	<ul style="list-style-type: none"> • La Corte Suprema rebaja las multas a los laboratorios sancionados por el TDLC a los montos solicitados por la FNE en su requerimiento, de 18.000 UTA para Sanderson y 2.000 UTA para Fresenius, argumentando una congruencia con el beneficio económico obtenido y la necesidad de fijación de un castigo pecuniario que sea superior a ese beneficio.

Referencias

- <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/01/Sentencia-Corte-Suprema-278-19-laboratorios.pdf>